

Da inconstitucionalidade das normas permissivas de «discriminação racional»

Margarida Lima Rego*

1. O problema

«O princípio da igualdade abrange fundamentalmente três dimensões ou vertentes: a proibição do arbítrio, a proibição de discriminação e a obrigação de diferenciação, significando a primeira a imposição da igualdade de tratamento para situações iguais e a interdição de tratamento igual para situações manifestamente desiguais [...]; a segunda, a ilegitimidade de qualquer diferenciação de tratamento baseada em critérios subjetivos [...] e [surgindo] a última como forma de compensar as desigualdades de oportunidades.»¹

No texto que se segue exploro a vertente negativa do princípio da igualdade, refletindo sobre a segunda daquelas dimensões: a proibição de discriminação. A minha preocupação, ao enveredar por este tema, foi determinar o exato sentido e alcance que esta proibição assume enquanto vínculo específico do legislador, no contexto do acesso aos seguros.² Contudo, creio que as conclusões a que chego serão transponíveis para quaisquer outros exemplos do fenómeno a que chamo «discriminação racional».³ De entre as várias «categorias suspeitas» que entre nós mereceram consagração constitucional, a minha reflexão privilegiará a discriminação em função do sexo.

O princípio da igualdade insito no art. 13.º da Constituição da República Portuguesa não proscreve toda e qualquer *diferenciação* fundada no reconhecimento das diferenças entre as pessoas, tão-pouco exigindo que se retirem todas as consequências desse reconhecimento – exigência que, a existir, impediria a *generalização*.⁴ Esta não é mais do que o ato de privilegiar certas características em detrimento de outras. Não há regra sem generalização. Na

* Professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

¹ Ac. TC n.º 412/2002, de 10 de outubro (Artur Maurício).

² Não se põe em causa a eficácia horizontal do princípio da igualdade. Além do art. 18.º da Constituição da República Portuguesa («CRP»), veja-se ainda, quanto ao acesso aos seguros, o n.º 1 do art. 15.º da Lei do Contrato de Seguro aprovada pelo DL n.º 72/2008, de 16 de abril («LCS»): «Na celebração, na execução e na cessação do contrato de seguro são proibidas as práticas discriminatórias em violação do princípio da igualdade nos termos previstos no artigo 13.º da Constituição».

³ A expressão é de D. A. STRAUSS, «The myth of colorblindness» (1986) *The Supreme Court Review* 99-134.

⁴ Embora a indiferenciação subjacente a uma generalização também possa ser inconstitucional, por não ter tratado o diferente de modo desigual. Nesse sentido, M. Lúcia AMARAL, «O princípio da igualdade na Constituição Portuguesa» em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, Coimbra 2004, pp. 35-57, a p. 54.

verdade, não há pensamento sem generalização. «Pensar é esquecer diferenças, é generalizar, abstrair.»⁵

Sendo certo que o princípio da igualdade admite algumas mas não todas as formas de diferenciação, a dificuldade está em encontrar um crivo para uma adequada separação entre as formas admissíveis e inadmissíveis de diferenciação. Embora num certo sentido, mais amplo, o termo «discriminação» seja sinónimo de «diferenciação», para simplificar o discurso apenas qualificarei como discriminatórias, num sentido mais restrito, as formas constitucionalmente vedadas de diferenciação.

É antiga e relativamente constante a jurisprudência constitucional densificadora do conteúdo do princípio da igualdade. «O princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, é um princípio estruturante do Estado de direito democrático e postula, como o Tribunal Constitucional tem repetidamente afirmado, que se dê tratamento igual ao que for essencialmente igual e que se trate diferentemente o que for essencialmente diferente. Na verdade, o princípio da igualdade, entendido como limite objetivo da discricionariedade legislativa, não veda à lei a adoção de medidas que estabeleçam distinções. Todavia, proíbe a criação de medidas que estabeleçam *distinções discriminatórias*, isto é, desigualdades de tratamento materialmente não fundadas ou *sem qualquer fundamentação razoável, objetiva e racional*.»⁶

Quanto ao n.º 2 do art. 13.º, retira-se da citação inicial deste texto a ideia de que será inadmissível «qualquer diferenciação de tratamento baseada em critérios subjetivos». A Constituição oferece-nos um elenco das categorias que, «pela sua estreita relação com a dignidade das pessoas, a Constituição entendeu serem à partida *insuscetíveis de justificar a existência de regimes jurídicos distintos*».⁷ «O n.º 2 do artigo 13.º da Constituição da República enumera uma série de fatores que não justificam tratamento discriminatório e assim atuam como que *presuntivamente* – presunção de diferenciação normativa envolvendo violação do princípio da igualdade – mas que são enunciados a título meramente exemplificativo».⁸ «[O] legislador constituinte não quis aqui, *apenas*, impedir que o legislador ordinário estabelecesse entre as pessoas diferenças de tratamento que não fossem racionalmente fundadas. Mais do

⁵ J. L. BORGES em *Funes el Memorioso* (1942). Cfr. ainda F. NIETZSCHE em *Über Wahrheit und Lüge im außermoralischen Sinne* (1873): «Todo o conceito surge de uma igualação do desigual. Assim como é certo que uma folha nunca é inteiramente igual a outra, também é certo que o conceito de folha se constrói deixando cair essas diferenças individuais [...]» (trads. da autora).

⁶ Itálicos acrescentados. Ac. TC n.º 437/2006, de 12 de julho (Vitor Gomes), apoiando-se, por sua vez, no Ac. TC n.º 232/2003, de 13 de maio (Moura Ramos). Cfr. ainda, mais recentemente, por todos, o Ac. TC n.º 622/2013, de 26 de setembro (Pedro Machete).

⁷ Ac. TC n.º 69/2008, de 31 de janeiro (Maria Lúcia Amaral).

⁸ Ac. n.º TC 563/96, de 10 de abril (Tavares da Costa). Cfr. ainda o Ac. TC n.º 191/88, de 20 de setembro (Raul Mateus).

que isso, o que se pretendeu foi *proibir que o legislador ordinário estabelecesse diferenças de tratamento que fossem ‘fundadas’ em certas características pessoais*, tidas pela Constituição – à partida – como inidóneas para ‘justificar’ qualquer diferença». ⁹ Só deverão admitir-se diferenciações que correspondam a soluções objetivamente justificadas por valores constitucionalmente relevantes.

Os testes são, assim, de ordem diversa, consoante esteja ou não em causa uma das categorias enunciadas no n.º 2 do art. 13.º da Constituição. Não estando, o princípio da igualdade, sob as vestes de proibição do arbítrio, satisfar-se-ia com a racionalidade do fundamento invocado. Ante o recurso a qualquer uma das categorias suspeitas, a racionalidade do fundamento invocado será *condição necessária mas não suficiente* de admissibilidade de uma diferenciação em função de qualquer uma das categorias enunciadas no n.º 2 do art. 13.º da Constituição.

Neste último caso, o escrutínio a que deverá sujeitar-se a diferenciação é mais exigente. ¹⁰ «[O] elenco das características pessoais que é fixado no n.º 2 do artigo 13.º da CRP (...) tem a utilidade heurística de indiciar a existência, na lei que diferencie em função destas mesmas características, de uma *não-razão*, ou de uma diferença à partida inadmissível porque *só* fundada num pré-juízo do legislador. Perante o indício, cabe ao juiz constitucional escrutinar se terá a lei outro fundamento que não aquele que, aparentemente, surge logo como ilícito». ¹¹

Decerto serão inadmissíveis todas as formas de diferenciação exclusivamente fundadas em preconceitos desprovidos de base científica. Se em abstrato a afirmação não oferece quaisquer dúvidas, nem por isso deixará de observar-se que o tema da discriminação, sobretudo estando em causa uma categoria suspeita, é especialmente dado à argumentação baseada em conceções socialmente dominantes mas à época já postas de parte pela comunidade científica da especialidade. Por conseguinte, não será despiciendo, numa primeira linha, o apelo à racionalidade e à objetividade na justificação das formas de diferenciação, para que sejam admissíveis à luz da nossa Constituição.

Em todo o caso, a exigência de racionalidade seria marcadamente insuficiente, sobretudo num contexto como o da atividade seguradora, ponto de partida da presente reflexão, porque em regra as formas de diferenciação que se praticam neste setor da economia *são*

⁹ Ac. TC n.º 569/2008, de 26 de novembro (Maria Lúcia Amaral).

¹⁰ Um pouco à imagem do que sucede no direito norte-americano com o *strict scrutiny test*. Cfr., sobre este, A. WINKLER, «Fatal in theory and strict in fact: an empirical analysis of strict scrutiny in the Federal Courts» (2006) 56 *Vanderbilt Law Review* 793-871, *maxime* a pp. 798-801.

¹¹ M. Lúcia AMARAL (*supra* n. 4), p. 42.

racionais, tanto numa perspetiva estritamente utilitarista, de racionalidade económica, porquanto os critérios aplicados serão os que permitem à seguradora atingir o objetivo de avaliar e apreçar corretamente o risco ao mais baixo custo, quanto numa perspetiva científica, uma vez que são «objetivamente fundamentadas, tendo por base dados estatísticos e atuariais rigorosos considerados relevantes nos termos dos princípios da técnica seguradora».¹²

Assim, cumpre refletir sobre os critérios de que poderá lançar-se mão para proceder a uma adequada separação entre as formas admissíveis e inadmissíveis de diferenciação com base numa das categorias suspeitas do n.º 2 do art. 13.º da Constituição.

2. Histórico

Tradicionalmente, imperava o entendimento de que a existência de dados estatísticos e atuariais rigorosos seria justificação bastante para legitimar qualquer forma de diferenciação na avaliação do risco seguro, ainda que estivesse em causa alguma das categorias suspeitas do art. 13.º da Constituição. No momento em que escrevo este texto, esse entendimento ainda goza de consagração legal, embora já esteja em curso uma alteração legislativa destinada a afastá-lo, pelo menos no domínio da discriminação em função do sexo, em cumprimento da decisão do Tribunal de Justiça no caso *Test-Achats*.¹³

O n.º 1 do art. 5.º da Diretiva 2004/113/CE do Conselho, de 13 de dezembro de 2004, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento, proíbe genericamente a utilização do sexo como fator atuarial no cálculo dos prémios e prestações para fins de seguros e serviços financeiros relacionados. Todavia, numa fase inicial, esta proibição acabaria por perder quase toda a sua força, em virtude da derrogação constante do seu n.º 2, que abriu a porta a «diferenciações proporcionadas nos prémios e benefícios individuais sempre que a consideração do sexo seja um fator determinante na avaliação de risco com base em dados

¹² Esta é a redação do n.º 3 do art. 15.º LCS. A discriminação em função do sexo é regulada em lei especial: a Lei n.º 14/2008, de 12 de março, que procedeu à transposição da Diretiva 2004/113/CE do Conselho, de 13 de dezembro.

¹³ Acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de março de 2011, *Association des Consommateurs Test-Achats ABSL, Yann van Vugt, Charles Basseler v. Conseil des ministres*, C-236/09, [2011] ECR I-00773, mais conhecido pela designação abreviada *Test-Achats*. Sobre a decisão, cfr. M. LIMA REGO, «Statistics as a basis for discrimination in the insurance business» (no prelo). Cfr. ainda as pp. 6 ss. do Memorando Explicativo da Comissão Europeia sobre a proposta COM(2003)657, de 5 de novembro de 2003, do que viria a ser a Diretiva 2004/113/CE, disponível em <<http://www.eumonitor.eu/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vi8rm2z4xntu>> (consultado em 30.04.2014); e CIVIC CONSULTING, *Study on the use of age, disability, sex, religion or belief, race or ethnic origin and sexual orientation in financial services, in particular in the insurance and banking sectors* (2010), encomendado pela Comissão Europeia, disponível em <http://www.civic-consulting.de/project_42.html> (consultado em 30.04.2014).

atuariais e estatísticos relevantes e rigorosos». De acordo com a mesma disposição, os Estados-Membros que assim o entendessem poderiam optar por fazer uso desta derrogação, devendo, se assim o fizessem – e todos eles o fizeram – rever a sua decisão cinco anos depois de 21 de dezembro de 2007 (data de entrada em vigor desta Diretiva).¹⁴

Em Portugal, a Diretiva 2004/113/CE foi transposta pela Lei n.º 14/2008, de 12 de março. Portugal fez uso da acima referida derrogação:

Artigo 6.º

Regime geral dos contratos de seguro e outros serviços financeiros

1 — A consideração do sexo como fator de cálculo dos prémios e prestações de seguros e outros serviços financeiros não pode resultar em diferenciações nos prémios e prestações.

2 — Sem prejuízo do número anterior, são todavia admitidas diferenciações nos prémios e prestações individuais de seguros e outros serviços financeiros desde que proporcionadas e decorrentes de uma avaliação do risco baseada em dados atuariais e estatísticos relevantes e rigorosos.

3 — Os dados atuariais e estatísticos consideram-se relevantes e rigorosos para o efeito previsto no número anterior quando obtidos e elaborados nos termos de norma regulamentar emitida para o efeito pelo Instituto de Seguros de Portugal.¹⁵

4 — A admissibilidade do regime previsto no n.º 2 é objeto de revisão cinco anos após a entrada em vigor da presente lei.¹⁶

O Tribunal de Justiça não esperou pela tomada de decisão dos Estados-Membros. Em 1 de março de 2011, determinou que a derrogação do princípio da proibição da discriminação cessaria os seus efeitos cinco anos depois do início da sua vigência, ou seja, em 21 de dezembro 2012.¹⁷

O Tribunal de Justiça entendeu que a derrogação contrariava a proibição de discriminação em função do sexo consagrada no art. 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.¹⁸

¹⁴ Cfr. ainda os Considerandos 18 e 19 desta Diretiva e o Memorando Explicativo da Comissão Europeia (*supra* n. 13). De fora desta derrogação só ficariam os custos relacionados com a gravidez e a maternidade. Foi proibido o tratamento menos favorável das mulheres por motivos ligados à gravidez e à maternidade (art. 5.º/3), com o argumento de que «os custos relacionados com a gravidez e a maternidade não devem ser atribuídos apenas aos membros de um sexo» (Considerando 20).

¹⁵ Norma Regulamentar n.º 8/2008-R.

¹⁶ A transposição foi, neste ponto, deficiente, pois o prazo de cinco anos em vigor deveria contar-se a partir da data de entrada em vigor da Diretiva (21 de dezembro de 2007).

¹⁷ *Test-Achats* (*supra* n. 11).

¹⁸ «É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual». Cfr. ainda o art. 23.º (igualdade entre

Em 22 de dezembro de 2011, a Comissão Europeia emitiu uma «Comunicação» com o propósito de auxiliar os Estados-Membros na adequação das ordens jurídicas nacionais à decisão *Test-Achats*, reconhecendo que esta teria implicações em todos os Estados-Membros, dado todos eles ainda permitirem a diferenciação em função do sexo em pelo menos uma modalidade de seguro – o seguro de vida.¹⁹

Em 6 de fevereiro de 2014, a EIOPA – Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma – emitiu um relatório sobre o processo de adequação das ordens jurídicas nacionais à decisão *Test-Achats*, de onde consta a informação de que, em dezembro de 2013, a decisão já havia sido posta em prática por via legislativa em 25 dos atuais 28 Estados-Membros da União Europeia.²⁰ Portugal contava-se entre os três Estados-Membros em mora, estando em curso, segundo o mesmo relatório, uma alteração à Lei n.º 14/2008, de 12 de março, para dar cumprimento à decisão *Test-Achats*, à luz das orientações constantes da referida Comunicação da Comissão Europeia.²¹

3. O sexo como fator atuarial

A atividade seguradora proporciona ao mercado a satisfação de necessidades eventuais a custo certo parcial. Fá-lo comercializando um bem eminentemente jurídico: o contrato de seguro. Diversamente do que costuma suceder no mercado, este não consiste num mero veículo para a comercialização de bens ou serviços. O contrato de seguro *é* o bem comercializado. Ensaiei noutra sede uma descrição do seguro como o contrato pelo qual uma parte, mediante retribuição, suporta um risco económico da outra parte ou de terceiro,

homens e mulheres). Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 1 de dezembro de 2009, esta Carta assumiu a força de um tratado da União Europeia. Sobre a evolução e atual estatuto da Carta, cfr. S. IGLESIAS SÁNCHEZ, «The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights» (2012) 49 *Common Market Law Review* 1565-1612. O autor sublinha o papel desempenhado pela Carta enquanto fonte primordial de direitos fundamentais na ordem jurídica da União Europeia (p. 1599). Sobre a coexistência entre a Carta e os regimes nacionais de proteção dos direitos fundamentais, cfr. D. SARMIENTO, «Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe» (2013) 50 *Common Market Law Review* 1267-1304. Embora a Diretiva 2004/113/CE seja anterior, o seu Considerando 4 fez-lhe referência expressa, assim propiciando o teor da decisão no caso *Test-Achats*. Cfr. A. PERIPOLI, «Is the ECJ finally putting the Charter to work?» (2012) 128 *Law Quarterly Review* 212-216, a p. 214.

¹⁹ Cfr. as «Orientações sobre a aplicação ao setor dos seguros da Diretiva 2004/113/CE do Conselho, à luz do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia no Processo C-236/09 (*Test-Achats*)», p. 2, disponível em <http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/com_2011_9497_pt.pdf> (consultado em 30.04.2014).

²⁰ O Relatório está disponível em

<https://eiopa.europa.eu/fileadmin/tx_dam/files/publications/reports/8.2_EIOPA-CCPFI-13-091_Test_Achats_rev2.pdf> (consultado em 30.04.2014).

²¹ Cfr. a p. 22 do Relatório (*supra* n.º 20). De acordo com este Relatório, os três Estados-Membros em mora eram a Itália, o Luxemburgo e Portugal.

obrigando-se a dotar a contraparte ou o terceiro dos meios adequados à supressão ou atenuação de consequências negativas reais ou potenciais da verificação de um determinado facto²².

A retribuição é um custo certo do tomador do seguro. O contrato de seguro é, necessariamente, um contrato oneroso, não se qualificando como seguros os contratos em que ao tomador não caiba pagar um prémio ao segurador, quer o pagamento ocorra em cumprimento de uma obrigação contratual, quer, como sucede na generalidade dos seguros ao abrigo do direito português, o seu pagamento seja uma condição da produção de efeitos do contrato.²³

É um custo parcial na medida em que, como é próprio dos contratos aleatórios, embora exista a possibilidade de o risco não se verificar durante a vigência do contrato e de, conseqüentemente, o segurador nada desembolsar, na eventualidade de verificação do risco seguro, o segurador poderá ter de desembolsar quantias muitíssimo superiores ao prémio²⁴.

A indústria seguradora pode oferecer ao mercado a cobertura de um risco a troco de uma retribuição em regra muito inferior ao que o segurador terá de desembolsar em caso de sinistro graças à ciência atuarial, que é o ramo da matemática aplicada que se ocupa da avaliação de riscos na indústria seguradora. Os atuários recorrem a análise estatística para a avaliação e fixação do preço de cada risco individual. Baseiam-se em *dados estatísticos rigorosos* para concluir, por exemplo, que, do ponto de vista estatístico, as mulheres têm uma esperança de vida maior do que os homens, que as mulheres recorrem com maior frequência a serviços de saúde do que os homens, ou que os acidentes de viação mais graves são mais frequentemente causados por homens do que por mulheres.²⁵

Os atuários analisam os dados estatísticos ao seu dispor lançando mão da teoria da probabilidade. Um juízo de probabilidade, num dos sentidos restritos possíveis que interessa agora considerar, é um *juízo de frequência relativa*.²⁶ Esse juízo poderá ser meramente lógico-matemático (probabilidade *a priori*) ou corresponder ao resultado da análise

²² M. LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros. Estudo de direito civil*, Coimbra 2010, p. 66.

²³ Art. 1.º LCS.

²⁴ O seguro é um contrato aleatório, não por lidar com um risco anterior e independente do contrato, mas por criar uma álea intrínseca ao contrato. Cfr. M. LIMA REGO (*supra* n. 22), pp. 392 ss. e pp. 461 ss (caps 5.2 e 5.4.2).

²⁵ Cfr. as bases de dados do Eurostat sobre a esperança média de vida de homens e mulheres em <<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/eurostat/home/>> (consultado em 30.04.2014). Para as outras conclusões, cfr., por exemplo, as pp. 6 ss. do Memorando Explicativo da Comissão Europeia (*supra* n. 13) ou o Estudo da CIVIC CONSULTING (*supra* n. 13).

²⁶ «Probabilidade» é um termo polissémico. Cfr., por todos, A. HÁJEK, «Interpretations of Probability», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/probability-interpret/>>.

estatística de uma pluralidade de casos homogêneos e independentes observados (probabilidade *a posteriori*).²⁷ No juízo probabilístico *a priori*, chega-se ao resultado por simples cálculo aritmético, sem necessidade de trabalho de campo. São os típicos exemplos de manual com dados ou moedas. O juízo probabilístico *a posteriori* não tem, por natureza, o mesmo grau de infalibilidade do primeiro, dado que, apesar do rigor da sua técnica, corresponde a uma generalização aproximativa em referência a determinado universo.

Nem toda a análise estatística se funda em juízos de probabilidade. Estando em causa um dado universo, se se recolherem dados relevantes de todos os elementos desse universo, o que temos é um censo. A sua análise dispensa a probabilidade. Esta surge quando, em lugar de uma recolha de dados relativos a todo o universo, se procura simplificar o processo, recorrendo a uma amostragem, de cuja análise se parte para calcular os resultados relativos ao todo, ou ainda quando se analisa os dados relativos ao passado para prever o comportamento futuro desse mesmo universo – ou seja, quando se transporta o passado para o futuro em antecipação de uma regularidade.

Em ambos os casos, a análise estatística funda-se na chamada lei dos grandes números – princípio geral da matemática segundo o qual a frequência relativa dos resultados tende a estabilizar com o aumento do número de casos observados, aproximando-se cada vez mais dos valores previstos. Permanecendo iguais todos os demais fatores, a variabilidade do resultado previsto diminui, embora lentamente, à medida que aumenta o número de casos observados.²⁸

Pensando no exemplo dos acidentes de viação, se cada um de nós dificilmente consegue prever se e quando se envolverá num, a experiência demonstra que é relativamente constante o número dos acidentes de viação sofridos ao longo dos anos por certa população. Permanecendo iguais todos os demais fatores, a tendência será para a estabilidade. Essa tendência será tanto maior quanto maior for o número de casos homogêneos e independentes observados.²⁹

²⁷ A terminologia é a utilizada por F. H. KNIGHT, *Risk, uncertainty and profit* (orig. Boston 1921), Chicago 1971, pp. 214-217.

²⁸ A variabilidade diminui numa proporção inversa à raiz quadrada do fator do aumento do número total de casos observados. Cfr., por exemplo, C. AITKEN/ P. ROBERTS/ G. JACKSON, *Fundamentals of probability and statistical evidence in criminal proceedings*, Royal Statistical Society 2010, disponível em <http://www.maths.ed.ac.uk/~cgga/rss.pdf> (consultado em 30.04.2012), a p. 102.

²⁹ Importa ter em conta que, neste domínio, como em muitos outros, dificilmente os demais fatores permanecerão iguais ao longo do tempo. Em Portugal, sabemos que o número de acidentes de viação foi subindo paulatinamente, atingindo o seu valor máximo em 1992: cerca de 50.000. Depois de alguns anos de leves flutuações, o número de acidentes por ano começou a descer, mais acentuadamente desde 1999, situando-se em 2012 pouco abaixo dos 30.000. Fonte: Pordata (www.pordata.pt). Atendendo a esta tendência

Os dois fatores atuariais mais utilizados pela indústria seguradora na avaliação dos riscos próprios dos seguros de pessoas são a idade e o sexo.³⁰ Quanto a este último, e embora não seja habitual encontrar esclarecimentos sobre o tema, creio poder concluir que é o sexo biológico, mais do que o género, o fator em uso neste contexto.³¹

A idade e o sexo adquiriram este estatuto devido à sua disponibilidade, simplicidade e fiabilidade, comparativamente aos demais fatores possíveis. As seguradoras não recorrem a estes fatores atuariais pelas suas qualidades intrínsecas: o seu interesse nestes fatores é puramente instrumental, correspondendo estes fatores a meros indícios daquilo que verdadeiramente lhes interessa conhecer – designadamente, a nossa longevidade.

Uma vez que a informação de que as seguradoras verdadeiramente gostariam de dispor não está ao seu alcance, ou apenas o estaria a custos demasiados elevados, as seguradoras veem-se forçadas a recorrer a dados estatísticos. Seleccionam alguns fatores em detrimento de outros porque encontraram uma correlação estatística, ainda que imperfeita, entre esses fatores e aquilo que verdadeiramente gostariam de conhecer. Esses fatores são escolhidos, e não outros, porque a informação sobre o passado se encontra prontamente disponível, porque a informação relativa a tais fatores pode ser obtida de forma simples e barata, pedindo aos potenciais segurados que assinalem uma cruz no quadrado correspondente, ou que preencham o número correto no dito quadrado, e também porque as suas respostas serão facilmente verificáveis. Em suma, embora o interesse das seguradoras em conhecer esses fatores seja meramente instrumental, esses fatores têm sido tão amplamente utilizados porque a sua utilização é *simples e barata*, sendo *suficientemente eficaz*. Utilizá-los é *uma decisão racional*.³²

para a estabilidade, permanecendo iguais os demais fatores, esta evolução só pode explicar-se pela alteração de um ou mais desses outros fatores, *i.e.*, por hipótese, numa primeira fase sobretudo o aumento dos veículos em circulação e a sua crescente potência, e, mais recentemente, porventura melhores estradas e/ou uma maior sensibilização dos condutores para a observância de certas regras de circulação. Nesta sede, mais do que a descoberta da razão de ser destes valores, importa reter que a sua análise e interpretação pressupõe o funcionamento da lei dos grandes números. Naturalmente que a lei não deixa de funcionar quando os demais fatores se alteram. Apenas se torna necessário, para uma correta previsão de futuros resultados, refletir tais alterações na equação.

³⁰ Cfr. o Estudo da CIVIC CONSULTING (*supra* n. 11).

³¹ Cfr., por exemplo, as definições da Organização Mundial da Saúde: «sexo» refere-se às características biológicas e fisiológicas que definem os homens e as mulheres», enquanto «género» refere-se aos papéis, comportamentos, atividades e qualidades socialmente construídos que uma dada sociedade considera próprios dos homens e das mulheres» (trad. da autora). Disponível em <<http://www.who.int/gender/whatisgender/en/>> (consultado em 30.04.2014).

³² Cfr. S. MAITZEN, «The ethics of statistical discrimination» (1991) 17 *Social Theory and Practice*, 23-45. Cfr. ainda o Estudo da CIVIC CONSULTING (*supra* n. 11), a pp. 6, 9, 33-34, 43, 48, 53-54, 59, 72 e 77.

4. Da inutilizabilidade do sexo enquanto fator atuarial: uma lição vinda dos Estados Unidos da América

Admitamos que os dados estatísticos que servem de base à análise atuarial são relevantes e rigorosos, que as seguradoras que neles baseiam as suas decisões tratam esses dados seguindo métodos de avaliação de risco cientificamente comprovados, sendo as suas conclusões matematicamente inatacáveis, identificando corretamente a existência de uma correlação, positiva ou negativa, entre o sexo de uma pessoa e a probabilidade de ocorrência de certo resultado atinente a essa mesma pessoa – por exemplo, a sua morte em certo período de tempo.³³ Sempre que assim for, essa circunstância será, por si só, suficiente para justificar uma diferenciação, seja ela em função do sexo ou de qualquer outra categoria suspeita?

Durante muito tempo respondeu-se afirmativamente a essa questão.³⁴ A demonstração de que a cobrança de prémios de seguro diferentes a homens e a mulheres se funda em dados estatísticos relevantes e rigorosos, que permitem concluir que, do ponto de vista estatístico, as mulheres têm uma expectativa de vida maior do que os homens, que as mulheres recorrem com maior frequência a serviços de saúde do que os homens, ou que os acidentes de viação mais graves são mais frequentemente causados por homens do que por mulheres,³⁵ permitiria – supunha-se – afastar decisivamente a conclusão de que a diferenciação se fundaria *apenas* num «pré-juízo» das seguradoras legalmente legitimado, correspondendo a uma «não-razão».³⁶

Para melhor fundamentar uma resposta negativa a esta questão, percorrerei os principais fundamentos invocados em duas decisões marcantes do Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos da América, adotadas no contexto diferente, embora relacionado com este, da discriminação racial.

³³ Admitamo-lo porque, nos casos em que assim não for, a diferenciação seria atacável por outra via que não a que ora nos ocupa.

³⁴ Cfr., por exemplo, P. WATSON, «Equality, fundamental rights and the limits of legislative discretion: comment on *Test-Achats*» (2011) 36 *European Law Review* 896-904. Pergunta a autora: «Se, por exemplo, puder demonstrar-se que as pessoas de uma dada raça ou origem étnica têm um reduzido grau de exposição a determinado risco, ou que a sua exposição a esse risco é menor do que a dos restantes membros do grupo seguro, por que não refletir isso no prémio que pagam pela cobertura desse risco?» (trad. da autora) (p. 904).

³⁵ Cfr. *supra* n. 25.

³⁶ Para recorrer às expressões usadas por M. Lúcia AMARAL (*supra* n. 4) no texto junto à n. 11.

*Brown v. Board of Education*³⁷

Nesta decisão histórica, o Supremo Tribunal de Justiça erradicou, definitivamente, a doutrina norte-americana justificadora da segregação racial, que ficou conhecida pela expressão *separate but equal*, e que tivera como expoente máximo a anterior decisão do Supremo Tribunal de Justiça em *Plessy v. Ferguson*.³⁸ De acordo com esta doutrina, a igualdade entre as raças não seria posta em causa pela manutenção de um regime de separação obrigatória entre brancos e negros, designadamente nos bancos das escolas, se se assegurasse a oferta de estabelecimentos de ensino de igual qualidade, em todos os aspetos tidos por relevantes, para estudantes brancos e negros.

Em *Brown*, o Supremo Tribunal de Justiça concluiu que as leis estaduais que estabeleciam a segregação racial no sistema de ensino público eram inconstitucionais. Nesta ação coletiva, os autores, pais de cerca de vinte crianças negras que frequentavam escolas de ensino básico no Kansas, argumentaram que a segregação racial, que supostamente propiciava um tratamento separado mas igual de brancos e negros, na verdade perpetuava o tratamento inferior dos negros em relação aos brancos. O Tribunal decidiu, por unanimidade, que, ainda que se demonstrasse a idêntica qualidade das escolas em todos os aspetos, a segregação *era em si mesma* psicologicamente lesiva.

«Concluimos que a doutrina ‘separados mas iguais’ não tem cabimento no domínio da educação pública. Instalações educacionais separadas são inerentemente desiguais.»³⁹

Não obstante a sua suma relevância para a luta contra a discriminação racial, a fundamentação desta decisão fora comparativamente simples. No momento em que foi tomada, já não restavam dúvidas na comunidade científica de que a segregação racial não tinha sustentação científica.⁴⁰ Por conseguinte, desta feita, a matéria ora em apreço não chegou a ser analisada pelo Supremo Tribunal de Justiça.

*Palmore v. Sidoti*⁴¹

Neste caso, o Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos da América revogou por unanimidade uma decisão de um tribunal da Flórida que alterara uma decisão anterior de

³⁷ (1954) 347 U.S. 483. «A mais importante decisão de sempre do Supremo Tribunal de Justiça contra a discriminação racial», nas palavras de D. A. STRAUSS, «Intent and the taming of Brown» (1989) 56 *Chicago Law Review*, 935-1015, a p. 937.

³⁸ (1896) 163 U.S. 537.

³⁹ *Brown* (*supra* n. 33), p. 495 (trad. da autora).

⁴⁰ Veja-se, por todos, *The Race Question*, uma declaração da UNESCO de 1950, disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001282/128291eo.pdf>> (consultado em 30.04.2014).

⁴¹ (1984) 466 U.S. 429.

atribuição da guarda de uma criança branca à sua mãe, igualmente branca, depois de esta ter casado em segundas núpcias com um homem negro. O tribunal considerara ambos os pais da criança igualmente aptos para assumir tais responsabilidades. Na falta de outros fatores diferenciadores, o tribunal entendera que seria do melhor interesse da criança esta ser criada pelo pai, também branco, uma vez que, ficando com a mãe, a criança viveria no seio de um agregado familiar inter-racial, sujeitando-se, muito provavelmente, a estigmatização social.

O Supremo Tribunal de Justiça não pôs em causa a conclusão factual do juiz do estado da Flórida de que a criança seria provavelmente vítima de estigmatização social se ficasse com a mãe, o que não sucederia se ficasse com o pai; antes a deu como boa.

«A questão [...] é se a *realidade* dos preconceitos privados e das *eventuais lesões* que possam vir a causar são considerações admissíveis para a remoção de uma criança da guarda da sua mãe biológica. Nós temos pouca dificuldade em concluir que não são. A Constituição não pode controlar tais preconceitos mas também não pode tolerá-los».⁴²

Voltando a *Brown*: a decisão de pôr fim à segregação racial não foi posta em prática de forma pacífica. Houve reações violentas da comunidade, distúrbios sociais de toda a espécie numa série de localidades dos Estados Unidos da América. Algumas escolas chegaram a encerrar durante algum tempo. Todavia, nunca as lesões psicológicas eventualmente causadas às crianças, brancas e negras, que viveram esses tempos mais conturbados foram aceites pelo Supremo como fundamento para um abrandamento do processo de erradicação da segregação racial.⁴³ Embora, na altura, o Supremo não tivesse tido necessidade de o afirmar de forma explícita, o princípio confirmado em *Brown* exigia agora a reversão da decisão em *Palmore*. Ao determinar a quem atribuir a guarda de uma criança, o tribunal estadual não poderia tomar em consideração o preconceito de grande parte da comunidade, ainda que, em consequência daquela decisão, a criança viesse, muito provavelmente, a ser alvo de estigmatização social. Tomar a existência do racismo como um fator de decisão seria intolerável à luz da Constituição.⁴⁴

⁴² *Palmore* (*supra* n. 37), pp. 433-434 (trad. da autora, itálicos acrescentados). D. A. STRAUSS (*supra* n. 3), com base na análise desta e de outras decisões do Supremo Tribunal de Justiça dos E.U.A., conclui que o princípio da igualdade insito na respetiva Constituição impõe, não uma desconsideração da raça, mas antes uma tomada de consciência da raça (esta deverá ser tida em consideração, pois só assim poderá cumprir-se o imperativo de conferir especial proteção às categorias historicamente mais desfavorecidas – neste caso, a raça negra).

⁴³ Cfr., por exemplo, *Watson v. City of Memphis* (1963) 373 U.S. 526.

⁴⁴ Posteriormente o mesmo raciocínio viria a ser novamente aplicado pelo Supremo num caso relativo à discriminação em função do sexo num contexto laboral. Cfr., por exemplo, *City of Los Angeles Dept. of Water & Power v. Manhart* (1978) 435 U.S. 702. Neste caso, a entidade empregadora exigia das suas trabalhadoras uma contribuição para o seu fundo de pensões superior à dos seus congéneres masculinos, com o argumento de

Regressando ao nosso tema, bem se vê que a relevância e o rigor dos dados estatísticos que servem de base à análise atuarial, embora essenciais, não devem ser a nossa única preocupação. A análise estatística, na medida em que recorre a dados provenientes do passado para os projetar no futuro, pode dar azo à perpetuação de injustiças passadas, de uma forma que é incompatível com o imperativo de *promoção* da igualdade.⁴⁵ O recurso à análise estatística para justificar uma diferenciação nos prémios de seguro, por mais rigorosa que seja a análise, deverá ter-se por intolerável sempre que as regularidades estatísticas detetadas tenham na origem uma qualquer prática discriminatória passada.

Não cabe ao jurista determinar os casos em que uma dada regularidade estatística tem na origem uma discriminação. Neste ponto, o jurista deve poder contar com o apoio dos colegas de outras ciências sociais, mais vocacionadas para semelhantes averiguações. Feita esta ressalva, pense-se no caso da afirmação, que tenho por estatisticamente rigorosa, de que os acidentes de viação mais graves são mais frequentemente causados por homens do que por mulheres.⁴⁶ Embora não esteja, rigorosamente, em posição de determinar em que medida estes resultados estarão relacionados com alguma prática discriminatória passada, atrevo-me a supor que estarão, atendendo aos papéis marcadamente distintos desde sempre socialmente atribuídos a homens e mulheres em matéria de condução de veículos automóveis.⁴⁷

Semelhantes considerações não se aplicam à afirmação, igualmente rigorosa, de que as mulheres têm uma esperança média de vida superior à dos homens.⁴⁸ Esta conclusão

que, de um ponto de vista estatístico, a esperança média de vida das mulheres é superior à dos homens, pelo que também os custos médios das pensões de reforma das trabalhadoras reformadas seriam superiores aos dos trabalhadores reformados. O Supremo decidiu que esta exigência violava o § 703, al. a), n.º 1, do Título VII do *Civil Rights Act* de 1964.

⁴⁵ Além do art. 13.º, veja-se, desde logo, no contexto da discriminação em função do sexo, o disposto no art. 9.º/h), ambos da CRP.

⁴⁶ *Supra* n. 25.

⁴⁷ E ao papel comumente atribuído ao próprio veículo enquanto símbolo da masculinidade. Cfr. C. LANDSTRÖM, «A gendered economy of pleasure: representations of cars and humans in motoring magazines» (2006) 19 *Science Studies* 31-53.

⁴⁸ N. REICH, «The impact of the non-discrimination principle on private autonomy» em *The involvement of EU law in private law relationships*, D. Leczykiewicz e S. Weatherill (eds.), Oxford e Portland OR 2013, pp. 253-277, a pp. 264-269, aceita que um critério de proporcionalidade estrita poderia ter condenado a cobrança de prémios mais elevados para os homens nos seguro automóveis e para as mulheres nos seguro de saúde, «fundada em demonstrações estatísticas fragmentadas e inconsequentes que não tomaram em consideração os diferentes perfis de risco e estilos de vida dos segurados», porque, nesses casos, o recurso ao sexo configurava um «método de avaliação do risco deveras rudimentar e, nessa medida, discriminatória» (trad. da autora). No entanto, o autor rejeita que o mesmo argumento se aplique aos seguros de vida, onde deverá admitir-se a fixação de prémios diferentes «pelo simples facto de que a esperança média de vida das mulheres na UE é maior do que a dos homens». O autor entende que o Tribunal de Justiça não terá alcançado o justo equilíbrio entre a autonomia das partes e a igualdade de tratamento no mercado dos seguros (pp 268-269).

estatisticamente indiscutível poderá ou não ser o resultado de uma prática discriminatória passada. Descobri-lo está fora do alcance da presente investigação.

Uma vez mais se impõe a pergunta: será este o único crivo relevante, no que respeita à aferição da admissibilidade do recurso a dados estatísticos rigorosos? A resposta a esta pergunta é, a meu ver, novamente negativa.

Vimos que a indústria seguradora recorre a fatores atuariais tais como o sexo porque a existência de uma correlação estatística, ainda que imperfeita, entre o sexo e a longevidade das pessoas permite-lhes calcular, ainda que imperfeitamente, a esperança de vida das pessoas, e assim avaliar o risco que assumem. Simplesmente, demonstrar que o sexo é uma característica relevante para este efeito não é o mesmo que demonstrar que o sexo é *a única* ou sequer *uma das principais* características relevantes para a aferição da esperança de vida de uma pessoa. Significa isto que a decisão de escolher o sexo em detrimento de tantas outras características diferenciadoras entre os seres humanos para a realização destes estudos também poderá falhar o teste de admissibilidade desta diferenciação, até mesmo nos casos em que não se encontrou nenhuma relação entre uma dada regularidade estatística e uma prática discriminatória passada.

Note-se que a mera identificação de uma regularidade estatística, *i.e.* de uma correlação positiva ou negativa entre determinado fator e determinado resultado, não permite retirar ilações de natureza causal sobre a relação entre ambos, tão-pouco sendo suficiente para explicá-la.⁴⁹ A correlação nem precisa de ser especialmente forte. A indústria seguradora basta-se com a identificação, e baseia a escolha deste fator em detrimento de tantos outros, não numa qualquer vantagem estatisticamente significativa deste fator por comparação com os demais, mas em considerações de ordem puramente económica: como acima se viu, é comparativamente mais simples e barato, e suficientemente eficaz, fazer uso do binómio sexo/idade na avaliação de risco.

Reconhece-se hoje que há elementos de subjetividade em todo o juízo de probabilidade,⁵⁰ ainda que «científico». Por mais exatas que se nos apresentem as conclusões de um estudo, um olhar atento identificará os elementos de subjetividade inerentes, por exemplo, à

⁴⁹ «A correlação é condição necessária mas não suficiente da causalidade. Embora de uma correlação possa por vezes inferir-se a causalidade, correlação não equivale a causalidade. Por exemplo, existe uma correlação entre a literacia e o número do calçado que usa. Não significa isto que os pés grandes causem melhores leituras. Significa apenas que as crianças pequenas não leem tão bem quanto os adultos.» A. V. HILL, *The Encyclopedia of Operations Management. A field manual and glossary of operations management terms and concepts*, Upper Saddle River NJ 2011, p. 85 (trad. da autora).

⁵⁰ Cfr. B. FISCHHOFF, «Risk: a guide to controversy» em *Improving risk communication*, Committee on Risk Perception and Communication of the National Research Council (ed.), Washington DC 1989, pp. 211-319, a pp. 270-271.

fixação dos seus pressupostos. Deverão algumas doenças crónicas ser julgadas mais graves do que a morte? Deverá o risco de um facto com probabilidade de ocorrência reduzida mas com consequências potenciais devastadoras ser julgado maior do que o risco de um facto com elevada probabilidade de ocorrência mas com consequências potenciais bastante menos devastadoras?⁵¹ O mesmo se diga quanto à seleção dos dados estatísticos que deverão servir de base para a análise. Não significa isto que a análise probabilística varie de sujeito para sujeito: a subjetividade tem aqui o sentido de algo que não dispensa a interpretação, *i.e.*, a interposição humana, com a falibilidade que a caracteriza.⁵²

Por outro lado, reconhece-se hoje que as avaliações «leigas» resultam muitas vezes de juízos muito mais sofisticados do que inicialmente se pensara.⁵³ A matéria tem sido especialmente estudada, pelas várias ciências sociais, no contexto da avaliação do risco inerente à tomada de decisões políticas ou mesmo técnicas, suscetíveis de afetar toda uma população.⁵⁴ Porém, as conclusões a que se chegou são em grande medida transponíveis para muitas outras áreas – inclusive, crê-se, a das decisões judiciais.

Será necessária alguma cautela contra certos exageros, *maxime* a afirmação epistémica de que tudo aquilo em que acreditamos é o produto contingente, não apenas do que podemos observar, mas sobretudo do papel que as nossas convicções desempenham na nossa vida social.⁵⁵ Mas admite-se hoje, como um dado adquirido, que é apenas de grau a diferença entre a probabilidade dita objetiva e a probabilidade dita subjetiva.

5. Da inutilizabilidade do sexo enquanto fator atuarial: o contributo das instituições europeias

A Comissão Europeia chegou à conclusão, no decurso dos trabalhos preparatórios do que viria a ser a Diretiva 2004/113/CE do Conselho, de 13 de dezembro de 2004, de que o

⁵¹ Cfr. ROYAL SOCIETY, *Risk: analysis, perception and management*, F. Warner (dir.), Londres 1992, p. 95.

⁵² Cfr. ROYAL SOCIETY (*supra* n. 51), pp. 89-90 e 94-98. Afirma-se neste estudo que a separação entre o «risco objetivo» e o «risco subjetivo» tem vindo a ser alvo de ataques crescentes, já não podendo dizer-se, atualmente, que corresponda a uma posição corrente. É pouco rigorosa a distinção entre o «risco real» e o «risco percebido», porque, em última análise, ambos envolvem, inevitavelmente, a interpretação e a formulação de juízos, e portanto a subjetividade, em maior ou menor grau.

⁵³ Nesse sentido, R. BALDWIN, «Introduction – risk: the legal contribution» em *Law and uncertainty: risks and legal processes*, Robert Baldwin (ed.), Londres 1997, pp. 1-18, a pp. 2-5.

⁵⁴ Cfr. P. SLOVIC, «Trust, emotion, sex, politics, and science: surveying the risk-assessment battlefield» (1999) 19-4 *Risk Analysis* 689-701, a p. 689; e C. VLEK/ P.-J. STALLEN, «Rational and personal aspects of risk» (1980) 45 *Acta Psychologica* 273-300, *maxime* pp. 275-278. Cfr. ainda ROYAL SOCIETY (*supra* n. 51), pp. 89-90 e 94-98.

⁵⁵ Neste sentido, P. BOGHOSSIAN, «What is social construction?» em *Times Literary Supplement*, fevereiro de 2001, disponível em <http://philosophy.fas.nyu.edu/docs/IO/1153/socialconstruction.pdf> (consultado em 30.04.2014).

sexo não seria o principal fator determinante da esperança de vida de uma pessoa. Outros fatores, tais como o estado civil, a situação socioeconómica, o emprego, a área de residência, o consumo do tabaco e os hábitos alimentares, mostraram-se mais relevantes do que o sexo.⁵⁶

Não obstante a identificação de uma regularidade estatística entre o sexo de uma pessoa e um qualquer resultado, sempre que o sexo não seja o principal fator determinante desse resultado, não deve admitir-se uma diferenciação baseada nesse fator, em detrimento de outros, pois não passa o teste especialmente rigoroso do n.º 2 do art. 13.º da nossa Constituição.

Antes do caso *Test-Achats*, o Tribunal de Justiça já tivera oportunidade de refletir sobre semelhantes considerações no caso *Lindorfer*,⁵⁷ buscando orientação na decisão do Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos da América em *City of Los Angeles Dept. of Water & Power v. Manhart*.⁵⁸

«[A] discriminação do tipo em causa envolve a atribuição às pessoas de características médias de uma categoria a que pertencem. Em relação à pessoa, não penso que essas características médias possam de algum modo considerar-se ‘objetivas’. O que é condenável [...] nessa discriminação é a extrapolação, para as pessoas, de características de uma categoria, em contraste com o uso de características que genuinamente distinguem uma pessoa das demais, as quais podem justificar uma diferença de tratamento.»⁵⁹

A Comissão Europeia concluíra que o uso, pela indústria seguradora, de dados estatísticos relativos ao sexo tinha na base a mera facilidade de uso e não o seu valor intrínseco enquanto indício aferidor da esperança de vida.⁶⁰ O Tribunal de Justiça viria, uns anos depois, a retirar as devidas consequências dessa conclusão:

«É incompatível com o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres utilizar-se o sexo de certa pessoa como *critério substituto*, em vez de se recorrer a outras características suscetíveis de diferenciação. Com efeito, deste modo não se assegura que a diferença nos prémios e nas prestações de seguro, consoante estejam em causa segurados do sexo masculino ou do sexo feminino,

⁵⁶ Cfr. a p. 6 do Memorando Explicativo da Comissão Europeia (*supra* n. 13).

⁵⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de setembro de 2007, *Maria-Luise Lindorfer v. Council of the European Union*, C-227/04, [2007] ECR I-6767.

⁵⁸ *Supra* n. 44.

⁵⁹ Opinião do Advogado-Geral Jacobs no caso *Lindorfer*, de 27 de outubro de 2005, § 59 (trad. da autora).

⁶⁰ Cfr. a p. 6 do Memorando Explicativo da Comissão Europeia (*supra* n. 13).

assenta em critérios exclusivamente objetivos, alheios a toda e qualquer discriminação em razão do sexo.»⁶¹

6. Conclusões

A exigência de racionalidade seria marcadamente insuficiente enquanto critério para separar as formas admissíveis das formas inadmissíveis de diferenciação com base numa das categorias suspeitas enunciadas no n.º 2 do art. 13.º da Constituição.

As modalidades de diferenciação que se praticam na atividade seguradora são, em regra, *racionais*, tanto numa perspetiva estritamente utilitarista, de racionalidade económica, porquanto os critérios aplicados serão os que permitem à seguradora atingir o objetivo de avaliar e apreçar corretamente o risco ao mais baixo custo, quanto numa perspetiva científica, uma vez que são «objetivamente fundamentadas, tendo por base dados estatísticos e atuariais rigorosos considerados relevantes nos termos dos princípios da técnica seguradora».⁶²

Admitindo que os dados estatísticos que servem de base à análise atuarial são relevantes e rigorosos, que as seguradoras que neles baseiam as suas decisões tratam esses dados seguindo métodos de avaliação de risco cientificamente comprovados, sendo as suas conclusões matematicamente inatacáveis, na verdade, tais conclusões limitam-se a identificar uma correlação, positiva ou negativa, entre determinado fator – por exemplo, o sexo de uma pessoa – e a probabilidade de ocorrência de um dado resultado atinente a essa mesma pessoa – por exemplo, a sua morte em certo período de tempo. Esta circunstância, em si mesma considerada, é insuficiente para justificar uma qualquer diferenciação, em função do sexo ou de qualquer outra categoria suspeita.

A análise estatística, na medida em que recorre a dados provenientes do passado para os projetar no futuro, pode dar azo à perpetuação de injustiças passadas, de uma forma que é incompatível com o imperativo de *promoção* da igualdade. O recurso à análise estatística para justificar uma diferenciação, por mais rigorosa que seja a análise, deverá ter-se por intolerável sempre que as regularidades estatísticas detetadas tenham na origem uma qualquer prática discriminatória passada.

A mera identificação de uma regularidade estatística, *i.e.*, de uma correlação positiva ou negativa entre determinado fator e determinado resultado, não permite retirar ilações de

⁶¹ Opinião da Advogada-Geral Kokott no caso *Test-Achats*, de 30 de setembro de 2010, § 67. É muito sucinta, na fundamentação, a própria decisão do Tribunal de Justiça.

⁶² N.º 3 do art. 15.º LCS.

natureza causal sobre a relação entre ambos, tão-pouco sendo suficiente para explicá-la. E demonstrar que um dado fator é uma característica relevante não é o mesmo que demonstrar que é *a única* ou sequer *uma das principais* características relevantes para a aferição da probabilidade de ocorrência de um dado resultado. Significa isto que a decisão de escolher um fator em detrimento de tantas outras características diferenciadoras entre os seres humanos também poderá falhar o teste de admissibilidade da diferenciação, até mesmo nos casos em que não se encontrou nenhuma relação entre uma dada regularidade estatística e uma prática discriminatória passada.

O recurso a uma categoria suspeita como fator atuarial será intolerável a menos que possa demonstrar-se que esse fator desempenha um papel determinante na cadeia de eventos relevantes, ou que a correlação em causa é particularmente significativa. Em suma, deverá poder demonstrar-se que a escolha desse fator em detrimento de outros potencialmente relevantes se fundou em razões mais fortes do que a mera conveniência. Verificando-se que a indústria seguradora baseia a escolha do sexo enquanto fator atuarial, não numa qualquer vantagem estatisticamente significativa deste fator por comparação com os demais, mas em considerações de ordem puramente económica, porque é comparativamente mais simples e barato, e suficientemente eficaz, fazer uso desse fator na avaliação do risco, a conclusão a que se chega é a de que a norma permissiva desta modalidade de «discriminação racional» será inconstitucional, não correspondendo a uma solução objetivamente justificada por valores constitucionalmente relevantes.⁶³

Post-scriptum. Importa sublinhar que as conclusões a que chego quanto à inutilizabilidade do sexo enquanto fator atuarial *não são transponíveis*, sem mais, para as restantes categorias suspeitas. A Comissão Europeia teve ocasião de sublinhar as diferenças entre categorias,⁶⁴ fazendo notar que a decisão do Tribunal de Justiça no caso *Test-Achats* apenas proibiu o uso do sexo enquanto fator atuarial na sequência de uma verificação empírica de que as posições de homens e mulheres eram, neste contexto, absolutamente comparáveis, não justificando diferenças de tratamento.⁶⁵ Neste domínio, facilmente se compreende a diferença entre o sexo e, por hipótese, a idade ou a deficiência enquanto fatores atuariais.⁶⁶ Se a diferenciação em função do sexo nos seguros de pessoas se funda, não em

⁶³ Esta conclusão aplica-se, designadamente, ao disposto no n.º 2 do art. 5.º da Lei n.º 14/2008, de 12 de março, que procedeu à transposição da Diretiva 2004/113/CE do Conselho, de 13 de dezembro. Para maior desenvolvimento sobre este tema, cfr. M. LIMA REGO (*supra* n. 13).

⁶⁴ Nas suas «Orientações sobre a aplicação ao setor dos seguros da Diretiva 2004/113/CE do Conselho, à luz do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia no Processo C-236/09 (*Test-Achats*)» (*supra* n. 19).

⁶⁵ Cfr. as Orientações da Comissão Europeia (*supra* n. 19), p. 6.

⁶⁶ A idade e a deficiência não se incluem entre as características pessoais nomeadas no n.º 2 do art. 13.º da CRP, embora constem do elenco do art. 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (*supra* n. 19). Cfr., sobre o tema, A. C. OLIVEIRA em P. ROMANO MARTINEZ e outros, *Lei do Contrato de Seguro anotada*, 2.ª ed., Almedina 2011, em anotação ao art. 15.º, pp. 80-81.

características da pessoa, individualmente considerada, mas apenas na sua (não) pertença a um grupo social historicamente discriminado, está longe de ser pacífico que possa afirmar-se o mesmo quanto à idade de uma pessoa, ou mesmo uma deficiência, pelo menos no que respeita à relevância de tais fatores para a determinação da esperança de vida.⁶⁷

⁶⁷ Já outros usos desses fatores serão porventura inadmissíveis. Cfr., por exemplo, R. L. BROWN/ D. CHARTERS/ S. GUNZ/ N. HADDOW, «Colliding interests: age as an automobile insurance rating variable: equitable rate-making or unfair discrimination?» (2007) 72 *Journal of Business Ethics* 103-114. Os autores sustentam que o recurso à idade como fator atuarial na fixação de prémios para o seguro automóvel é legítimo, na medida em que se funda em razões de ordem ética. No entanto, a sua defesa da «equidade actuarial» deste uso não recorre aos critérios, mais exigentes, que defendo.